

# De winstuitkerende zorgonderneming

Mr. drs. A.C.W. Pijls\*

## 1 Inleiding

In de zomer van 2007 heeft de Minister van Justitie een consultatie uitgezet met betrekking tot een proeve van Wetsvoorstel voor een nieuwe rechtspersoon in Boek 2 BW ‘maatschappelijke onderneming’ (hierna: ‘Wetsvoorstel’). Deze nieuwe rechtsvorm beoogt instellingen in de semi-publieke sector zoals scholen, zorginstellingen en woningcorporaties het juridische instrumentarium aan te reiken om zich ondernemend op te kunnen stellen en om kwalitatief hoogwaardig bestuur en verantwoording aan belanghebbenden te garanderen.<sup>1</sup> Het Wetsvoorstel voorziet daartoe in een structuur waarin garanties worden gegeven met betrekking tot bestuur, intern toezicht, medezeggenschap van belanghebbenden, geschillenbeslechting, verslaggeving en controle op het toezichthoudend orgaan. De maatschappelijke onderneming stelt zich volgens de statuten specifiek en uitsluitend in dienst van de betrokken maatschappelijke belangen en eventueel behaalde winsten mogen niet aan kapitaalverschaffers worden uitgekeerd. De winst komt geheel ten goede aan het maatschappelijke belang dat volgens de statutaire doelstelling wordt gediend.

Interessant is dat vrijwel tegelijkertijd met de lancering van het Wetsvoorstel van de Minister van Justitie, de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) een brief naar de Tweede Kamer stuurden waarin zij hun plannen uiteen zetten omtrent ondernemerschap in de zorg.<sup>2</sup> In deze brief spreekt de Minister van VWS zich uit over een - vóór 1 januari 2010 - nieuw te introduceren rechtsvorm voor ziekenhuizen.<sup>3</sup> Ofschoon hij voornemens is de door hem gewenste maatschappelijke ondernemingsvorm ‘zo veel mogelijk te laten aansluiten op het Wetsvoorstel van de Minister van Justitie’, wil hij zich wat betreft de juridische vormgeving van de *zorgonderneming*<sup>4</sup> laten inspireren door de Belgische rechtsvorm vennootschap met sociaal oogmerk (VSO).<sup>5</sup> De nieuwe rechtsvorm moet ziekenhuizen onder meer in staat stellen om nieuw kapitaal aan te trekken en om behaalde winsten uit te keren aan derden. Niettegenstaande de mogelijkheid tot winstuitkering zal de nieuwe rechtsvorm tevens moeten waarborgen dat in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen niet ‘weglekt’ naar derden en aldus voor de zorg bestemd blijft.<sup>6</sup> Om deze reden wenst de Minister van VWS beperkingen te stellen aan de mate waarin de zorgonderneming winst kan uitkeren op nieuw ingebracht kapitaal.

Een en ander betekent dat er momenteel op twee departementen (Justitie en VWS) wordt be-  
raadslaagd over een nieuwe rechtsvorm voor de maatschappelijke (zorg)onderneming, zij het dat de

---

\*Promovendus aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

<sup>1</sup>Toelichting op het Wetsvoorstel, ‘Aanleiding tot en doel van het Wetsvoorstel’.

<sup>2</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS: ‘Vereenvoudiging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet toelating zorginstellingen)’, *Kamerstukken II* 2006/07, 27 659, nr. 84, p. 11-12.

<sup>3</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, p. 12. De brief is door beide bewindspersonen ondertekend, maar de paragraaf ‘Maatschappelijk Ondernemerschap’ is in de ik-vorm gesteld. Ik ga ervan uit dat in voornoemde paragraaf de Minister van VWS aan het woord is.

<sup>4</sup>De door de Minister van VWS beoogde rechtsvorm voor zorginstellingen zal ik in deze bijdrage aanduiden met ‘zorgonderneming’. De term ‘zorgonderneming’ wordt echter als zodanig niet door de Minister van VWS gehanteerd. Ik hanteer deze terminologie teneinde de door de Minister van VWS beoogde rechtsvorm te onderscheiden van de rechtsvorm waarop het Wetsvoorstel van de Minister van Justitie ziet.

<sup>5</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, p. 13. Zie ook recent *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 94, p. 9.

<sup>6</sup>Wanneer ik in het vervolg van deze bijdrage spreek over ‘zorgvermogen’ dan doel ik op beschermd vermogen dat volgens de Minister van VWS voor de zorg behouden dient te blijven.

Minister van Justitie zijn voornemen reeds kracht heeft bijgezet met de proeve van Wetsvoorstel. In de onderhavige bijdrage zal ik eerst kort ingaan op de vraag hoe de twee beoogde rechtsvormen zich tot elkaar verhouden. Daarna zal ik - in afwachting van een wetsvoorstel van de Minister van VWS - een eerste aanzet geven tot een mogelijke winstuitkeringsregeling voor de zorgonderneming, waarbij op instigatie van de Minister van VWS inspiratie wordt ontleend aan de Belgische rechtsvorm de VSO.

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 sta ik kort stil bij het Wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming van de Minister van Justitie. In paragraaf 3 zal vervolgens aandacht worden besteed aan de door de Minister van VWS gewenste rechtsvorm voor ziekenhuizen. Daarna zal in paragraaf 4 de Belgische rechtsvorm Vennootschap met Sociaal Oogmerk (VSO) behandeld worden. Na dit uitstapje naar het Belgische vennootschapsrecht zal ik in paragraaf 5 een op de VSO geïnspireerde winstuitkeringsregeling voor de zorgonderneming bespreken. In het bijzonder zal worden onderzocht hoe een dergelijke regeling kan waarborgen dat zorgondernemingen enerzijds winsten (beperkt) kunnen uitkeren aan kapitaalverschaffers en dat anderzijds binnen de zorgomgeving opgebouwd (en geoormerkt) vermogen daadwerkelijk voor de zorg behouden blijft. In paragraaf 6 rond ik af met een opsomming van mijn bevindingen.

## 2 Wetsvoorstel van de Minister van Justitie

In de opzet van het Wetsvoorstel is de maatschappelijke onderneming een aparte rechtsvorm. Dit niettegenstaande heeft de maatschappelijke onderneming zowel trekken van de kapitaalvennootschap als trekken van de stichting en vereniging.<sup>7</sup> Met de kapitaalvennootschap heeft de maatschappelijke onderneming gemeen dat zij op economische wijze activiteiten verricht, met de stichting en vereniging heeft zij gemeen dat zij mensen en vermogen bijeenbrengt voor een maatschappelijk doel. Door de maatschappelijke onderneming in Boek 2 BW te behandelen na de vereniging, naamloze en besloten vennootschap en stichting, kan bij de juridische vormgeving gebruik worden gemaakt van de gemeenschappelijke kenmerken van voornoemde rechtspersonen, aldus de minister.<sup>8</sup> ‘Materieelinhoudelijk’<sup>9</sup> kan de maatschappelijke onderneming volgens de minister worden opgevat als een modaliteit<sup>10</sup> van de vereniging en de stichting. Ik zou hierbij de kanttekening willen maken dat de maatschappelijke onderneming zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel eerder moet worden gezien als modaliteit van de stichting dan als modaliteit van de vereniging.<sup>11</sup> Dit om de simpele reden dat de maatschappelijke onderneming zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel geen leden heeft, het wezenskenmerk van de rechtsvorm vereniging.<sup>12</sup>

Het oordeel van de minister dat de maatschappelijke onderneming - vanuit rechtspersoonrechtelijk perspectief - als een modaliteit van de stichting beschouwd kan worden, komt in het bijzonder tot uitdrukking in het oogmerk van de onderneming en - in het verlengde hiervan - in de winstbestemming van de onderneming. Zoals gezegd heeft de maatschappelijke onderneming geen winstoogmerk en ingevolge art. 2:307a lid 1 moet zij zich ‘blijkens de statuten ten doel stellen diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten specifiek en uitsluitend gericht op het daarmee gediende maatschappelijke belang’. Daarnaast maakt de minister in het Wetsvoorstel expliciet de keuze om de maatschappelijke onderneming een winstuitkeringsverbod op te leggen. Hiertoe bevat art.

---

<sup>7</sup>Toelichting op het Wetsvoorstel, onderdeel D. Het Wetsvoorstel is thans nog niet voorzien van een officieel kamer-nummer. Het Wetsvoorstel en de bijbehorende consultatiebrief zijn te raadplegen via de website van het Ministerie van Justitie.

<sup>8</sup>Toelichting op het Wetsvoorstel, onderdeel D.

<sup>9</sup>Volgens mij behoort hier te staan ‘materieel’ of ‘inhoudelijk’ in plaats van de tautologie (?) ‘materieelinhoudelijk’. Deze opmerking is echter taalkundig van aard en derhalve geheel terzijde.

<sup>10</sup>De constructie waarbij een nieuwe rechtsvorm wordt gecreëerd in de vorm van een modaliteit van een bestaande rechtsvorm bestaat al in Boek 2 BW in de vorm van de structuurvennootschap (art. 2:158 BW e.v. en art. 2:268 BW e.v.)

<sup>11</sup>Ook Dortmund is de mening toegedaan dat het in feite om een stichting gaat, zie P.J. Dortmund, ‘De maatschappelijke onderneming: kloof of motje?’, *Ondernemingsrecht* 2007-16, p. 581.

<sup>12</sup>Art. 2:26 lid 1 BW.

2:307a lid 2 van het Wetsvoorstel een aan art. 2:285 lid 3 BW gelijklopende norm (van toepassing op de stichting) met betrekking tot kapitaaluitkeringen.<sup>13</sup> Dit betekent dat een kapitaaluitkering louter is toegestaan voor zover deze uitkering een ideële of sociale strekking heeft. In de toelichting op het Wetsvoorstel wordt deze ‘vermogensklem’ toegelicht aan de hand van het onderscheid tussen de maatschappelijke onderneming en de commerciële onderneming.<sup>14</sup> De maatschappelijke onderneming heeft een ‘externe, op het maatschappelijke belang gerichte doelstelling’ en in beginsel geen ‘interne, op de persoonlijke belangen van de oprichters gerichte doelstelling’. Behaalde winsten dienen derhalve volledig te worden aangewend ter realisering van het - in de statuten verankerde - maatschappelijke doel.

Benadrukt zij dat de uiteindelijke wijze waarop de maatschappelijke onderneming een plaats zal krijgen binnen Boek 2 BW nog geenszins een uitgemaakte zaak is. Uit de consultatiebrief blijkt namelijk dat niet uitgesloten is dat de maatschappelijke onderneming in het definitieve Wetsvoorstel - in plaats van als aparte rechtsvorm - zal worden weergegeven als een modaliteit of een predikaat<sup>15</sup> van een of meer bestaande rechtspersonen.<sup>16</sup> Een definitieve beslissing ten aanzien van de uiterlijke verschijningsvorm van de maatschappelijke onderneming zal de minister eerst nemen na afronding van het consultatietraject. Ik veroorloof mij op deze plaats alvast te zeggen dat vanwege de kritische ontvangst van het Wetsvoorstel in het veld<sup>17</sup> en gelet op het kritische onthaal bij verschillende juridische auteurs<sup>18</sup> de vraag gewettigd is of de maatschappelijke onderneming er in de voorgestelde vorm überhaupt wel zal komen. Het wachten is op de reactie van de minister.

### 3 Rechtsvorm voor ondernemerschap in de zorg

Zoals gezegd bezint naast de Minister van Justitie ook de Minister van VWS zich op plannen voor een nieuwe rechtsvorm. Laatstgenoemde minister is voornemens een nieuwe rechtsvorm voor ziekenhuizen in het leven te roepen, waarbij hij zich wil laten inspireren door de Belgische rechtsvorm Vennootschap met Sociaal Oogmerk (VSO).<sup>19</sup> Over deze Belgische rechtsvorm kom ik in de volgende paragraaf nader te spreken. Voornoemd voornemen van de Minister van VWS duidt erop dat hij bij de juridische vormgeving van de zorgonderneming een modaliteit van de vennootschap op het oog heeft. Dit in tegenstelling tot de Minister van Justitie, die de maatschappelijke onderneming presenteert als modaliteit van de stichting. Dit verschil van opvatting lijkt direct terug te voeren op de (politieke) keuze die gemaakt wordt ten aanzien van de toekomstige inrichting van het zorgstelsel. Het in de zorgsector aantrekken van privaat kapitaal vereist immers een speciaal daarop toegespitste rechtsvorm die enerzijds tegemoet komt aan de doelmatigheids- en rendements-eisen van de private investeerder en anderzijds recht doet aan de eisen van politiek en samenleving met betrekking tot een verantwoorde vorm van marktwerking in de zorg. Echter, voor zover deze rechtsvorm winstuitkeringen aan investeerders mogelijk maakt, is de (modaliteit van de) stichting op grond van art. 2:285 lid 3 BW uitgesloten. Dit rechtvaardigt de conclusie dat de wensen van de

---

<sup>13</sup>Zie voor een uitleg van het begrip ‘uitkeringen’ in dit verband: Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 472.

<sup>14</sup>Toelichting op het Wetsvoorstel, art. 2:307a.

<sup>15</sup>Het begrip ‘predikaat’ wordt door de minister niet nader toegelicht. Ik ga ervan uit dat bedoeld wordt dat aan stichtingen en/of verenigingen die op grond van hun statuten voldoen aan de eisen die het Wetsvoorstel formuleert ten aanzien van het bestuur, het toezichthoudend orgaan, de belanghebbende vertegenwoordiging, de geschillenbeslechting, de jaarlijkse verantwoording, etc., het predikaat ‘maatschappelijke onderneming’ wordt toegekend. Zie nader Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming onder voorzitterschap van dr. H.H.F. Wijffels, p. 21. Dit rapport is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 37.

<sup>16</sup>Consultatiebrief rechtsvorm maatschappelijke onderneming, 12 juli 2007, p. 2.

<sup>17</sup>Zie voor een overzicht E.R. Helder, ‘Voorontwerp maatschappelijke onderneming: de reacties uit het veld’, *Ondernemingsrecht* 2007-16, p. 611-615.

<sup>18</sup>Zie onder meer de bijdragen van Dortmund, Zaman en Bier in het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* (nr. 2007-16). In het academische debat dat aan het Wetsvoorstel vooraf ging toonden ook Van Veen en Nijland zich al zeer sceptisch ten aanzien van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming: W.J.M. Van Veen, ‘Een nieuwe rechtsvorm voor “de” maatschappelijke onderneming?’, in: Tj. Hoekstra (red.), *Maatschappelijke ondernemingen, ‘Congres gehouden op 7 juni 2007 ter gelegenheid van het eerste lustrum van de masterrichting Fiscaal recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU’*, Deverter: Kluwer 2007, p. 17-32. en J. Nijland, ‘De “maatschappelijke onderneming”: wenselijkheid en noodzaak nader bezien’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005-4, p. 64-65.

<sup>19</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, p. 13.

Minister van VWS wat betreft de juridische vormgeving van de zorgonderneming niet te realiseren zijn via de regeling zoals (vooralsnog) voorgesteld in het Wetsvoorstel van de Minister van Justitie.<sup>20</sup>

Behoudens de discussie rondom (de wenselijkheid van) het al dan niet uitkeren van winst, lopen de wensen van de Minister van Justitie en de Minister van VWS ook uiteen wat betreft het binnen de onderneming fungerende stelsel van 'checks en balances'. In de verdeling van bevoegdheden tussen de organen bestuur, raad van toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging binnen de maatschappelijke onderneming beoogt de Minister van Justitie laatstgenoemd orgaan namelijk een centrale rol te laten vervullen.<sup>21</sup> De belanghebbendenvertegenwoordiging staat echter in een andere rol tot de maatschappelijke onderneming dan het orgaan algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) tot een vennootschap.<sup>22</sup> Bij een vennootschap verschaffen de aandeelhouders immers risicodragend kapitaal, hetgeen betekent dat zij financieel risico lopen. Het belang van de aandeelhouders van een vennootschap is dus primair van financiële aard (en niet primair van maatschappelijke aard). Teneinde voornoemd belang te verdedigen beschikken de aandeelhouders over - op hun specifieke belang toegespitste - wettelijke en statutaire bevoegdheden. Een en ander betekent dat de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende organen binnen een vennootschap en het daaruit voortvloeiende stelsel van checks and balances wezenlijk anders is dan het stelsel van checks and balances binnen de maatschappelijke onderneming. Dit geldt in het bijzonder voor de zorgonderneming zoals voorgestaan door de Minister van VWS,<sup>23</sup> aangezien laatstgenoemde minister de aandeelhouders een belangrijke taak toedicht om zorginstellingen efficiënter en doelmatiger te laten functioneren.

De voorlopige conclusie is dat - aannemende dat de Minister van VWS zijn plannen met betrekking tot ondernemerschap in de zorg daadwerkelijk kracht zal bijzetten met een nieuwe rechtsvorm, vormgegeven als modaliteit van de vennootschap - de plannen van de Minister van VWS en de Minister van Justitie met betrekking tot een nieuw in te voeren rechtsvorm vooralsnog onverenigbaar zijn.<sup>24</sup> In het vervolg van deze bijdrage zal ik een op de Belgische VSO geïnspireerde vennootschapstructuur van de zorgonderneming behandelen. Dit naar aanleiding van de hiervoor aangehaalde opmerking van de Minister van VWS om voor ziekenhuizen een vorm van maatschappelijke onderneming te ontwikkelen die het hen mogelijk maakt om op verantwoorde wijze winsten aan derden uit te keren. Ik beperk mij hierbij tot het - op de Belgische VSO gebaseerde - vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregime van de zorgonderneming.<sup>25</sup> De governance-vraagstukken die spelen binnen een dergelijke rechtsvorm laat ik hier rusten.<sup>26</sup>

Terzijde zij opgemerkt dat de discussie met betrekking tot de bescherming van het zorgvermogen op dit moment in het bijzonder actueel is in het kader van de vervreemding van onroerend goed. Sinds juli 2007 mogen toegelaten instellingen<sup>27</sup> namelijk bij verkoop van onroerend goed boekwinsten zelf behouden. Volgens de beleidsregels van de Minister van VWS moeten deze winsten echter worden

---

<sup>20</sup>Vgl. H.J. de Ru, 'De maatschappelijke onderneming in het BW', in: Tj. Hoekstra (red.), *Maatschappelijke ondernemingen*, 'Congres gehouden op 7 juni 2007 ter gelegenheid van het eerste lustrum van de masterrichting Fiscaal recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU', Deventer: Kluwer 2007, p. 14-15, die voor de ziekenhuizen die meer commercieel willen gaan de rechtsvorm maatschappelijke onderneming niet geëigend acht.

<sup>21</sup>Zie voor een beknopte uiteenzetting van dit stelsel van checks en balances de paragraaf 'Positie van de organen' in de toelichting op het Wetsvoorstel. Zie echter ook het commentaar van Zaman op dit stelsel: D.F.M.M. Zaman, 'Bestuur en toezicht bij de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2007-16, p. 592-597.

<sup>22</sup>Zie J.G. Groeneveld-Louwerse, 'Corporate governance bij woningcorporaties', *Ondernemingsrecht* 2007-12, p. 455.

<sup>23</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, p. 13.

<sup>24</sup>Het viel mij op dat in antwoord op vragen uit de Eerste Kamer van de vaste commissie voor VWS/Jeugd en Gezin, de Minister van VWS vooralsnog niet ingaat op de positie van de maatschappelijke onderneming ten opzichte van de door hem aangekondigde nieuwe rechtsvorm voor ziekenhuizen. Zie *Kamerstukken I* 2006/07, 29 279, nr. M, p. 7-8.

<sup>25</sup>In de onderhavige bijdrage moet de term 'vermogensbescherming' niet louter bezien worden vanuit het perspectief van schuldeisersbescherming, maar mede vanuit het perspectief van de maatschappelijke doelstelling van de zorgonderneming. Ik refereer naar de opmerking van de Minister van VWS dat de nieuw te introduceren rechtsvorm dient te waarborgen dat in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen niet weglekt naar derden.

<sup>26</sup>Voor een heldere beschouwing over governance-vraagstukken in de zorg verwijs ik naar L.G.H.J. Houwen, 'Health Care Governance', *Ondernemingsrecht* 2007-12, p. 447-453.

<sup>27</sup>Bedoeld worden de zorginstellingen die toegelaten zijn op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi).

aangewend binnen de zorg. Aangezien zorginstellingen zelf verantwoordelijk zijn voor de risico's op hun vastgoedinvesteringen, is in de sector inmiddels het nodige verzet ontstaan. Ik begrijp dat deze discussie thans nog niet is beslecht.<sup>28</sup>

## 4 De Belgische rechtsvorm VSO

De Belgische rechtsvorm Vennootschap met Sociaal Oogmerk (VSO) is in 1996 ingevoerd als modaliteit van de gewone vennootschap.<sup>29</sup> Iedere handelsvennootschap kan deze modaliteit aannemen en in beginsel wordt de VSO beheerst door de algemene regels die gelden voor de vennootschap.<sup>30</sup> Naast deze algemene regels wordt de VSO gereguleerd door het zgn. 'VSO-statuut', neergelegd in Boek X van het Belgische Wetboek van Vennootschappen (W. Venn.) in de artikelen 661 tot en met 669. Dit VSO-statuut bevat een aantal specifieke bepalingen welke de VSO verplicht in haar statuten dient op te nemen. Aangezien de rechtsvorm VSO louter dient ter *inspiratie* voor het ontwerp van een Nederlandse regeling, zal ik slechts de voor het vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregime relevante bepalingen, art. 661 en art. 663 W. Venn., behandelen.<sup>31</sup>

### 4.1 Art. 661 W. Venn.

In art. 661 W. Venn. wordt de VSO (juridisch) gedefinieerd en worden de - ten opzichte van de reguliere vennootschap - bijzondere bepalingen van deze modaliteit opgesomd:

'De vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (...) worden vennootschappen met sociaal oogmerk genoemd indien ze niet gericht zijn op de verrijking van hun vennoten en wanneer hun statuten:

1. bepalen dat de vennoten geen of een beperkt vermogensvoordeel nastreven;
2. nauwkeurig omschrijven wat het sociale oogmerk is van de activiteiten die ze overeenkomstig het doel van de vennootschap verrichten, waarbij het voornaamste oogmerk niet mag bestaan in het verlenen van een onrechtstreeks vermogensvoordeel aan de vennoten;
3. omschrijven op welke wijze de winst wordt besteed overeenkomstig het interne en externe oogmerk van de vennootschap met inachtneming van de hiërarchie vastgelegd in de statuten van de vennootschap en op welke wijze de reserves worden gevormd.  
(...)
5. bepalen dat het beperkte rechtstreekse vermogensvoordeel dat de vennootschap aan de vennoten uitkeert, niet hoger mag zijn dan de rentevoet (...) toegepast op het werkelijk gestorte bedrag van de aandelen;  
(...)
9. bepalen dat na de aanzuivering van het hele passief en de terugbetaling aan de vennoten van hun inbreng, hetgeen na de vereffening overblijft, een bestemming krijgt die zo nauw mogelijk aansluit bij het sociaal oogmerk van de vennootschap.

In de onderdelen 1 en 2 van deze bepaling wordt duidelijk de bijzondere hoedanigheid van de VSO herkend. De primaire doelstelling van de VSO mag niet gelegen zijn in het streven naar winst. De

---

<sup>28</sup>'Ziekenhuizen winnen eerste slag van Klink', *Het Financieel Dagblad* 24 december 2007, p. 1.

<sup>29</sup>In het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* over de maatschappelijke onderneming (nr. 2007-16) is een bijdrage van mijn hand opgenomen met een bespreking van de rechtsvorm VSO. Mijn opmerkingen over de VSO in de onderhavige paragraaf vertonen overlap met voornoemde bespreking.

<sup>30</sup>De volgende vennootschapsvormen kunnen de modaliteit VSO aannemen: de vennootschap onder firma, de gewone commanditaire vennootschap, de commanditaire vennootschap op aandelen, de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, het Economisch Samenwerkingsverband.

<sup>31</sup>De vermogensbeschermingsregels die van toepassing zijn als de rechtsvorm Vereniging Zonder Winstoogmerk (VZW) wordt omgezet in een VSO, behandel ik hier niet.

VSO is immers ten principale gericht op het verwezenlijken van haar sociaal oogmerk. Hiermee is het streven naar winst en het eventueel (beperkt) uitkeren van deze winst als doelstelling niet uitgesloten, dit echter alleen voor zover dit een afgeleide doelstelling betreft.

De onderdelen 3 en 5 van bovenstaande bepaling zien op de winstbestemming.<sup>32</sup> De regeling komt erop neer dat over de winst slechts gedeeltelijk mag worden beschikt door de vennoten. Dit deel van de winst is tot een maximum beperkt en slechts in zoverre komt de winst - om met onze eigen BW-wetgever<sup>33</sup> te spreken - 'de aandeelhouders ten goede'. Voor het overige moet de winst besteed worden in overeenstemming met het sociaal oogmerk, welke zowel binnen (intern oogmerk) als buiten (extern oogmerk) de vennootschap kan zijn gelegen. Een en ander dient in de statuten geëxpliciteerd te worden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een statutaire bepaling die voorschrijft dat het niet uitgekeerde deel van de winst voor de helft een bestemming krijgt buiten het vennootschapsvermogen en voor de andere helft intern wordt aangewend voor investeringen.

Onderdeel 9 ziet op de beperking van het vermogensvoordeel voor de vennoten in geval van vereffening van de VSO. De reden om in het VSO-statuut de vermogensaanspraak van de vennoten in geval van vereffening te beperken is om te voorkomen dat het systeem van (beperkte) winstuitkering wordt omzeild. Zonder een dergelijke beperking zouden de vennoten immers ongebreideld (voor hen bestemde) statutaire reserves kunnen aanleggen of andere vermogensbestanddelen kunnen aanschaffen, welke in geval van vereffening van de vennootschap zouden vrijvallen. Een en ander betekent het zgn. 'opwaartse potentieel' van het VSO-aandeel, evenals het dividend, gemaximeerd is.<sup>34</sup> Dit zal erin resulteren dat de waarde van het VSO-aandeel - beschouwd als de contante waarde van de toekomstige kasstromen - eveneens beperkt is. De toekomstige kasstromen bestaan immers louter uit een beperkte dividenduitkering en uit een (verwachte) terugbetaling van het gestorte kapitaal.

## 4.2 Art. 663 W. Venn.

Dit artikel bevat een regeling die in werking treedt zodra de VSO-regels niet (langer) worden nageleefd. Met deze regeling wordt beoogd te voorkomen dat bij omzetting van een VSO in een gewone vennootschap (met een winstoogmerk!) voor het sociaal oogmerk bestemd vermogen onbedoeld in handen komt van private partijen. De regeling is van toepassing naast de algemene sanctieregels van het vennootschapsrecht.<sup>35</sup>

'Indien een vennootschap de bepalingen van artikel 661 niet langer naleeft, mogen de bestaande reserves, in welke vorm ook, niet worden uitgekeerd. De akte tot wijziging van de statuten moet aan die reserves een bestemming geven die zo nauw mogelijk aansluit bij het sociaal oogmerk dat de vennootschap voorheen had; zulks moet onverwijld geschieden.

Gebeurt dat niet, dan veroordeelt de rechtbank, op verzoek van een vennoot, van een belanghebbende derde of van het openbaar ministerie, de bestuurders of zaakvoerders hoofdelijk tot betaling van de uitgekeerde sommen of tot herstel van de gevolgen voortvloeiend uit de niet-naleving van de hierboven gestelde eisen inzake de bestemming van de reserves.

De in het derde lid bedoelde personen kunnen eveneens tegen de begunstigten een vordering instellen indien zij bewijzen dat deze laatsten kennis hadden van de onrechtmatigheid van de uitkering te hunnen voordele of, gelet op de omstandigheden, daarvan niet onkundig konden zijn.'

In bovenstaande bepaling wordt een zgn. vermogensklem herkend. De regeling houdt in dat indien de vennootschap de speciale VSO-regels (art. 661 W. Venn.) niet langer naleeft, de - vóór de

---

<sup>32</sup>Opgemerkt zij dat het W. Venn., evenals ons BW, naast de onderhavige specifieke bepaling voor de VSO ook een algemene regeling kent met betrekking tot winstbestemming en reservevorming.

<sup>33</sup>Art. 2:105 (2:216) lid 1 BW.

<sup>34</sup>Zie D. Coeckelbergh, T. Breesch & P. van Merris, *Ondernemen met de Vennootschap met Sociaal Oogmerk*, Gent: Mys & Breesch 2001, nr. 35.

<sup>35</sup>Te denken valt aan ontbinding, bestuurders- en/of oprichtersaansprakelijkheid.

statutenwijziging - onder het 'VSO-regime' opgebouwde reserves op geen enkele manier mag uitkeren. De reserves dienen onverwijld een bestemming te krijgen overeenkomstig het sociaal oogmerk van de VSO. Voornoemde vermogensklem geldt op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor de uitgekeerde sommen of voor het herstel van de nadelige gevolgen. Naast de bestuurders kunnen ook de begunstigen van de (in strijd met de vermogensklem) uitgekeerde reserves aansprakelijk worden gesteld. Dit laatste alleen indien bewezen wordt dat deze begunstigen wisten of niet onkundig konden zijn van de onrechtmatigheid van de uitkering.

Overigens zij hieraan toegevoegd dat het VSO-statuut in art. 667 W. Venn. nog een speciaal op de VSO van toepassing zijnde ontbindingssanctie bevat op grond waarvan een vennootschap kan worden ontbonden indien zij zich ten onrechte voordoeft als VSO of op grond waarvan een VSO kan worden ontbonden die handelt in strijd met het VSO-statuut.<sup>36</sup>

## 5 De modaliteitregeling

Na dit uitstapje naar het Belgische vennootschapsrecht keer ik terug naar mijn aanvankelijke vraagstelling. Hoe zou - uitgaande van de plannen van de Minister van VWS - een op het VSO-statuut geïnspireerde vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregeling voor de zorgonderneming eruit kunnen zien? Gezocht wordt dus naar een regeling die, het zij herhaald, moet waarborgen dat slechts in beperkte mate winst wordt uitgekeerd op nieuw ingebracht kapitaal en die ervoor zorgt dat in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen niet weglekt naar derden. Gelet op het besproken VSO-statuut ligt het voor de hand een dergelijk regime te regelen in een aparte modaliteitregeling.<sup>37</sup> Hiermee wordt bedoeld dat een vennootschap die aan wettelijk(e) (voorgeschreven statutaire) vereisten voldoet, welke zijn opgenomen in de modaliteitregeling, de modaliteit 'zorgonderneming' mag aannemen. Voor zover de modaliteitregeling niet anders bepaalt, wordt de vennootschapsmodaliteit zorgonderneming voor het overige beheerst door Titel 4 en Titel 5 van Boek 2 BW (Naamloze respectievelijk Besloten vennootschap). Ook het vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregime wordt dus in beginsel beheerst door de vermogensbepalingen die van toepassing zijn op de vennootschap.<sup>38</sup> In het vervolg van deze bijdrage zal ik een eerste aanzet geven tot een mogelijke vormgeving van zulk een modaliteitregeling. Uitgaande van de Belgische vennootschapsmodaliteit VSO worden met betrekking tot de statutaire voorschriften van de zorgonderneming achtereenvolgens behandeld de doelstelling, het aandelenkapitaal, de winstbestemming en de rangorde bij vereffening. Daarnaast wordt gekeken naar een toepasselijke waarborg voor het geval de zorgonderneming de modaliteitregeling niet (langer) naleeft en voorts zal ik kort ingaan op de bestuurdersaansprakelijkheid.

Alvorens de techniek in te duiken benadruk ik dat een modaliteitregeling als de onderhavige zich uiteraard niet louter leent voor toepassing op de *zorgonderneming*. Zij is evengoed geëigend voor de *onderwijsonderneming* of de *huisvestingsonderneming*, of voor een generieke regeling van de *maatschappelijke* onderneming. Dit laatste lijkt echter niet haalbaar, aangezien de Minister van Justitie zoals gezegd wat betreft de juridische vormgeving van de maatschappelijke onderneming geen vennootschapsmodaliteit voorstaat. Voorts gebiedt de eerlijkheid te zeggen dat - voor zover ik weet - de verantwoordelijke vakministers zich nog niet hebben uitgesproken over de - al of niet - wenselijkheid om via (bestuursrechtelijke) sectorwetgeving toegelaten instellingen de mogelijkheid te bieden hun activiteiten te drijven door middel van een nieuwe (ondernemings)rechtsvorm.

### 5.1 De doelstelling

De modaliteitregeling zal in de eerste plaats moeten voorzien in een bepaling die waarborgt dat de bijzondere gedaante van de vennootschapsmodaliteit zorgonderneming expliciet in de statuten tot uitdrukking komt. Hiertoe zal de regeling moeten voorschrijven dat de doelstelling niet primair

---

<sup>36</sup>Vgl. art. 2:21 lid 1 onder b BW respectievelijk art. 2:21 lid 3 BW.

<sup>37</sup>Naar analogie met de Belgische VSO zou gekozen kunnen worden voor een aparte modaliteitregeling in Boek 2 BW. Ook kan de modaliteitregeling worden neergelegd in een aparte kaderwet.

<sup>38</sup>Art. 2:93-2:105 (2:203-2:216) BW.

gelegen mag zijn in het doen van uitkeringen aan aandeelhouders (of het op enig andere wijze nastreven van vermogensvoordelen ten behoeve van aandeelhouders). De primaire doelstelling van de zorgonderneming is immers het bieden van kwalitatief verantwoorde en doelmatige zorgverlening aan zorgconsumenten.<sup>39</sup> Het verschaffen van (beperkt) vermogensvoordeel aan aandeelhouders is hiermee als doelstelling niet uitgesloten, zij het dat dit een secundaire of afgeleide doelstelling betreft.<sup>40</sup> Ofschoon de vennootschap naar de aard der zaak gericht is op het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouders,<sup>41</sup> acht ik een dergelijke rangorde in doelstellingen in overeenstemming met het vennootschapsrecht. In het stelsel van art. 2:105 (2:216) BW ligt namelijk niet besloten dat de vennootschap *primair* gericht moet zijn op het behalen van winst ten gunste van de aandeelhouders.<sup>42</sup> Het verschaffen van voordeel aan de aandeelhouder kan evengoed een afgeleide doelstelling zijn.<sup>43</sup>

## 5.2 Het aandelenkapitaal

In de tweede plaats zal de modaliteitregeling een bepaling moeten bevatten met betrekking tot de financiering van de onderneming en de statutaire vormgeving van het aandelenkapitaal. Zoals gezegd wenst de Minister van VWS - naar analogie van de VSO - beperkingen te stellen aan de mate waarin de zorgonderneming winst kan uitkeren op nieuw ingebracht kapitaal. Dit betekent dat het aandelenkapitaal moet bestaan uit aandelen waarvan de winstgerechtigdheid tot een maximum beperkt is.<sup>44</sup> Desgewenst kan gekozen worden voor verschillende klassen aandelen met verschillende nominale waarden, opdat met betrekking tot de winstgerechtigdheid tussen de verschillende soorten aandelen kan worden gedifferentieerd. Wat betreft de omvang van de winstgerechtigdheid kan men denken aan een vaste vergoeding - desgewenst gekoppeld aan de rentevoet -<sup>45</sup> over het gestorte kapitaal.<sup>46</sup>

Van belang in dit verband is dat het in de statuten creëren van aandelen met een tot een maximum beperkte winstgerechtigdheid ook voorkomt bij zuiver commerciële ondernemingen, meestal in de vorm van preferent kapitaal. De toegekende vergoeding over dergelijke aandelen wordt dan niet zelden berekend over de nominale waarde in plaats van over het op de aandelen gestorte bedrag.<sup>47</sup> De reden hiervoor is dat de aandeelhouder op grond van art. 2:80 (2:191) lid 1 BW en art. 2:84 (2:193) BW te allen tijde bedacht moet zijn op een verplichte bijstorting op het gestorte kapitaal. Een vergoeding over de nominale waarde in plaats van over de gestorte waarde betekent aldus een vergoeding over het totale 'kapitaalcommitment'. Dit moge zo zijn, bij de modaliteitregeling voor de zorgonderneming moet mijns inziens uitgegaan worden van een maximumvergoeding berekend over het gestorte kapitaal. Een andere zienswijze zou erop neerkomen dat door middel van het creëren van aandelen met een (kunstmatig) hoge nominale waarde alsnog een groot deel van de winst wordt besteed aan dividenduitkeringen. Dit ware nu juist niet de bedoeling.

Overigens zij opgemerkt dat de hiervoor beschreven financieringsvorm van de zorgonderneming (aandelenkapitaal met een tot een maximum beperkte winstgerechtigdheid van de aandeelhouders), ook

---

<sup>39</sup>Houwen verwoordt de primaire doelstelling als volgt: 'het bieden van kwalitatief verantwoorde en resultaatgerichte zorg door middel van een cliëntgerichte, doelmatige en transparante bedrijfsvoering, zie L.G.H.J. Houwen, 'Zorgbrede Governancecode: van enquête naar aansprakelijkheid', *TvGR* 2006, p. 391.

<sup>40</sup>Vgl. art. 661 onderdelen 1 en 2 Belgische W.Venn.

<sup>41</sup>Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 12.

<sup>42</sup>Aldus W.C.L. van der Grinten, *Mr. E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 50.

<sup>43</sup>Hetzelfde kan betoogd worden met betrekking tot de coöperatie in relatie tot haar leden. Kemperink meent echter van niet, zie J.B.W.M. Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 231-234.

<sup>44</sup>Van Van der Grinten begrijp ik dat een dergelijke constructie bij niet primair op winst gerichte vennootschappen alles behalve nieuw is, zie W.C.L. van der Grinten 1992, nr. 50.

<sup>45</sup>Gekoppeld aan de rentevoet kan dus ook betekenen dat de vergoeding bestaat uit de rentevoet plus een opslag van x%.

<sup>46</sup>Evenmin als bij de regeling voor de VSO het geval is, hoeft de vergoeding niet als vast percentage in de modaliteitregeling opgenomen te worden. Het ligt daarentegen voor de hand de hoogte van de vergoeding bij algemene maatregel van bestuur vast te laten stellen door de Minister van VWS.

<sup>47</sup>Zulks is mogelijk op grond van art. 2:105 (2:216) lid 6 BW.



zou kunnen worden bereikt door middel van financiering in de vorm van een achtergestelde winstdelende lening. Vanuit (zorg)governance optiek heeft dat echter niet mijn voorkeur. Als ik de Minister van VWS namelijk goed begrepen heb, dan hebben private kapitaalverschaffers (door de druk die zij uitoefenen op het management) een bijdrage te leveren aan het efficiënter en doelmatiger laten functioneren van de zorgonderneming.<sup>48</sup> In dit model staat de minister dus een vorm van zeggenschap van de kapitaalverschaffers voor ogen. Om deze reden acht ik het wenselijk om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de rol van het aandelenkapitaal (en de aan aandeelhouders toekomende zeggenschapsrechten) binnen de kapitaalvennootschap. Nu zij toegegeven dat ook aan een achtergestelde winstdelende lening een vorm van zeggenschap in de onderneming verbonden kan worden. Een en ander zal dan voornamelijk contractueel geregeld moeten worden. Een dergelijke constructie vind ik echter niet bijdragen aan de herkenbaarheid van de zorgonderneming als kapitaalvennootschap met aan het aandelenkapitaal verbonden zeggenschapsrechten. Bovendien denk ik dat indien de gedachten van de minister zouden neigen in de richting van een vorm van contractuele zeggenschap, hij dat ook als zodanig zou hebben aangegeven. Dan zou hij zich mijns inziens niet hoeven te laten inspireren door de Belgische rechtsvorm VSO. Het bijzondere van de VSO is immers dat het aandelenkapitaal bestaat uit louter aandelen met een (tot een maximum) beperkte winstgerechtigdheid, waarbij daarnaast aan deze aandelen zeggenschapsrechten toekomen. Wel zij benadrukt dat er vanuit het oogpunt van een evenwichtige verdeling van bevoegdheden binnen de zorgonderneming waarschijnlijk bijzondere eisen (of beter gezegd: beperkingen) aan de zeggenschapsrechten zullen worden gesteld. Bier wijst in dit verband op de mogelijkheden van het nieuwe BV-recht, waarin aandelen met beperkt stemrecht worden toegestaan.<sup>49</sup>

### 5.3 Winstbestemming

In de derde plaats zal de modaliteitregeling moeten voorzien in een regeling met betrekking tot de winstbestemming.

#### 5.3.1 Bestemming niet uitgekeerde winst

Ervan uitgaande dat de winstgerechtigdheid van de aandelen tot een maximum is beperkt, zal de modaliteitregeling in het kader van de winstbestemming ook moeten voorzien in een voorschrift met betrekking tot de bestemming van het niet voor aandeelhouders beschikbare deel van de winst. Aangezien de Minister van VWS eist dat dit deel van de winst voor de zorg behouden blijft, zal in de statuten de bestemming van dit bedrag moeten worden vastgelegd. Dit bedrag blijft - om met de Minister van VWS te spreken - 'voor de zorg bestemd' en in zoverre is het statutair 'voorbested'. Men bedenke hierbij dat het niet voor aandeelhouders beschikbare deel van de winst voornoemde bestemming kan krijgen zowel wanneer het binnen als wanneer het buiten de zorgonderneming wordt besteed. Met laatstgenoemde variant wordt bedoeld dat dit bedrag (deels) wordt aangewend in de vorm van een storting zonder tegenprestatie,<sup>50</sup> met eerstgenoemde variant wordt bedoeld dat het bedrag (deels) wordt aangewend ten behoeve van investeringen en/of uitgaven binnen de onderneming. Het binnen de zorgonderneming aangewende deel van de winst zal vervolgens - gegeven zijn statutaire voorbestemming - als statutaire reserve<sup>51</sup> in de vorm van gebonden vermogen onderdeel uitmaken van het eigen vermogen.<sup>52</sup> Wel zij benadrukt dat met betrekking tot de verantwoording achteraf over de wijze waarop de winst daadwerkelijk zijn bestemming heeft gekregen de nodige transparantieregels ontwikkeld moeten worden. Over de situatie waarin de statuten worden gewijzigd zodat de beschreven winstbestemmingsregeling niet langer wordt nageleefd, kom ik in paragraaf 5.6 nader te spreken.

---

<sup>48</sup>Brief Minister en Staatssecretaris van VWS, p. 13.

<sup>49</sup>Bier 2007, p. 605.

<sup>50</sup>Men kan denken aan een bijdrage in een fonds voor bijvoorbeeld wetenschappelijk medisch onderzoek.

<sup>51</sup>Preciezer geformuleerd gaat het om een op grond van de statuten uit de winst gefinancierde geoormerkte reserve.

<sup>52</sup>De door middel van de vervreemding van vastgoed behaalde boekwinsten worden mijns inziens op gelijke wijze geoormerkt en gaan eveneens onderdeel uitmaken van het gebonden vermogen.

### 5.3.2 Rangorde bij verdeling van de winst

Verder zal in het kader van de winstbestemming een regeling moeten worden opgenomen omtrent de rangorde bij de verdeling van de winst. De vraag die in dit verband beantwoord moet worden is of, uitgaande van de situatie dat er winst behaald is, er gegarandeerd een winstuitkering dient plaats te vinden. Ik acht het zeer wel verdedigbaar dat bij de verdeling van de winst de aandeelhouders, voor zover het de vaste vergoeding op het door hen ingebrachte kapitaal betreft, vooraan in de rij staan. Een tegengestelde opvatting heeft immers als consequentie dat aandeelhouders minder snel warm zullen lopen voor een investering in de zorgonderneming.<sup>53</sup> De facto komt dit neer op financiering van de zorgonderneming met preferent kapitaal, waarbij de preferentie ziet op de voorrang van de aan de aandeelhouders toekomende (maximum)vergoeding boven voormelde statutaire reservering. Desgewenst kan gekozen worden voor preferentie in de vorm van cumulatieve preferentie, een en ander afhankelijk van de financieringsbehoefte van de onderneming.<sup>54</sup> Benadrukt zij dat er alleen winst wordt uitgekeerd als er gedurende een boekjaar daadwerkelijk winst gemaakt wordt en er dus daadwerkelijk winst te verdelen valt.<sup>55</sup>

Overigens zij opgemerkt dat de voorgestelde preferentie tot gevolg heeft dat niet te verwachten valt dat er omvangrijke statutaire reserves gevormd zullen worden. Het zijn immers de aandeelhouders die bij de verdeling van de winst als eerste hun hand mogen ophouden. Ook moet hierbij bedacht worden dat ongebreidelde reservevorming alleen dan kan plaatsvinden als er ieder jaar grote winsten te verdelen vallen, zodat steeds nadat de aandeelhouders hun vaste (maximum)vergoeding ontvangen hebben, grote bedragen overblijven om aan de statutaire reserves toe te voegen. Dat er jaarlijks een aanzienlijke hoeveelheid winst te verdelen valt, acht ik echter niet erg waarschijnlijk. Ik durf op deze plaats - zonder nadere toelichting - de stelling te betrekken dat het stelsel van regulering in de zorgmarkt dit zal voorkomen. Wel zij benadrukt dat ongebreidelde reservevorming op zichzelf ongewenst is. Dit kan er op termijn namelijk toe leiden dat een aanzienlijk deel van het vermogen in de 'dode hand' komt vast te zitten en - om met Bressers te spreken - als een soort 'schaduwaandeel' gaat fungeren.<sup>56</sup> Dit zou betekenen dat de zorgonderneming van vennootschapsmodaliteit zou verworden tot een soort hybride stichting, hetgeen afbreuk doet aan de voorgestelde winstbestemmingsregeling.

### 5.3.3 Delging van verliezen

In het verlengde van de discussie omtrent de rangorde bij de verdeling, zal tevens moeten worden voorzien in een regeling omtrent de wijze waarop eventuele verliezen worden gedragen. Het geoordeelde zorgvermogen loopt immers gevaar wanneer de statutaire reserves worden aangewend om verliezen te delgen. Daarmee doet verliesdelging door de statutaire reserves afbreuk aan de voorgestelde winstbestemmingsregeling. Zou gedurende een boekjaar het verlies namelijk wel ten laste mogen worden gebracht van de statutaire reserves, dan komen de statutaire reserves op indirecte wijze alsnog ten goede aan de aandeelhouders. Immers, als er in een volgend boekjaar weer winst wordt gemaakt, dan hoeft niet eerst het tekort in het (gebonden) eigen vermogen - ontstaan als gevolg van het gedragen verlies - te worden aangezuiverd, alvorens op grond van de uitkeringsregels tot winstuitkering over te gaan. De winst is dan direct beschikbaar voor de aandeelhouders. Wordt het verlies daarentegen niet door de statutaire reserves gedragen, dan kan eerst weer tot uitkering worden over gegaan nadat het tekort in het (gebonden) eigen vermogen is weg gewerkt.

Aangezien ingevolge de wettelijke systematiek van art. 2:105 (2:216) BW verliezen in beginsel mogen worden gedragen door de statutaire reserves,<sup>57</sup> zal - uitgaande van de gewenste bescherming van

---

<sup>53</sup>In deze bijdrage zal ik niet ingaan op de al of niet aantrekkelijkheid van een investering in de zorgonderneming. Ik ga ervan uit dat de Minister van VWS de financieel-economische haalbaarheid van zijn plannen onderzocht heeft.

<sup>54</sup>Zie voor een uiteenzetting van verschillende varianten preferent kapitaal W.C.L. van der Grinten 1992, nr. 187.

<sup>55</sup>Zie ook Bier 2007, p. 605.

<sup>56</sup>H.J.W.M. Bressers, 'Statutaire winstreserves, fiscaal- en civielrechtelijk bezien (II, slot)', *WPNR* (5863) 1988, p. 125.

<sup>57</sup>Aldus Asser/Maeijer 2000 (2-III), nr. 448 en W.C.L. van der Grinten 1992, nr. 333.2. Anders H.J.W.M. Bressers, 'Uitdelingsblokkade en wettelijke reserves', *TVVS* 1990-4, p. 91.

het geormerkte zorgvermogen - de modaliteitregeling een bepaling moeten bevatten op grond van welke in de statuten een expliciet verbod moet worden opgenomen terzake het delgen van verliezen ten laste van de statutaire reserves. Balanstechnisch worden de verliezen ingevolge voormeld verbod dan niet langer afgeboekt van de statutaire reserves, hetgeen betekent dat zij gepresenteerd worden als een tekort in het (gebonden) eigen vermogen.<sup>58</sup> Dit laatste betreft natuurlijk voornamelijk een rekenkundige exercitie, maar dit is nu eenmaal inherent aan de uitkeringsregeling van art. 2:105 (2:216) lid 2 BW, inhoudende dat gebonden vermogen niet mag worden aangetast door middel van winstuitkeringen.<sup>59</sup>

Verder zij opgemerkt dat net zo min als dat de statutaire reserves mogen worden aangetast door winstuitkering of door delging van verlies, de reserves van de zorgonderneming evenmin mogen worden aangetast door middel van omzetting in aandelenkapitaal. Op grond van dezelfde redenering als hiervoor pleit ik ook met betrekking tot voornoemde omzetting voor het opnemen van een expliciet verbod in de modaliteitregeling.

## 5.4 Rangorde bij vereffening

In de vierde plaats zal de modaliteitregeling een regeling moeten bevatten omtrent de bestemming en de verdeling van het overschot in geval van vereffening na ontbinding. Evenals bij het delgen van verliezen bestaat ook in geval van vereffening zonder nadere regeling immers het gevaar dat zorgvermogen weglekt en aldus niet meer voor de zorg behouden blijft.

Naar analogie van de voorgestelde regeling betreffende de rangorde bij de verdeling van de winst, acht ik het zeer wel verdedigbaar dat de aandeelhouders ook bij de vereffening vooraan in de rij staan voor wat betreft het door hen gestorte vermogen. De reden hiervoor is wederom de financieringsbehoefte van de onderneming. Aangezien preferentie ten aanzien van (een beperkt deel van) de winst op zichzelf preferentie ten aanzien van het gestorte kapitaal niet insluit,<sup>60</sup> zal dit in de statuten expliciet moeten worden vastgelegd. Een en ander betekent dat in geval van vereffening na ontbinding de aandelen zowel preferent zijn voor wat betreft het (beperkte) dividend (berekend over de liquidatieperiode) als preferent voor wat betreft de terugbetaling van het ingebrachte kapitaal. Verder wordt in de statuten vastgelegd dat het eventueel na betaling van de aandeelhouders nog resterende vermogen (het liquidatieoverschot) voor de zorg bestemd blijft.

Men bedenke dat de keuze voor preferentie ten aanzien van het liquidatieoverschot in zoverre merkwaardig is, dat de aandeelhouders in geval van vereffening na ontbinding alsnog van (eventueel) beschikbare statutaire reserves kunnen profiteren. Tijdens de rit was dit niet het geval. Behoudens de financieringsbehoefte van de zorgonderneming is deze keuze eveneens te verdedigen door de preferentie ten aanzien van het liquidatieoverschot te beschouwen als een compensatie voor het geringe dividendrendement waartoe de aandelen gerechtigd zijn.<sup>61</sup> Ook kan voornoemde preferentie opgevat worden als compensatie voor de (tot een maximum) beperkte gerechtigdheid tot het liquidatieoverschot. Theoretisch kan het liquidatieoverschot immers een ongekende omvang aannemen, terwijl de aandeelhouders slechts beperkt delen in dit 'opwaartse potentieel'.

---

<sup>58</sup>Eventueel kunnen de verliezen eventueel ten laste worden gebracht van - voor de aandeelhouders beschikbare - vrije reserves. Het is echter niet erg waarschijnlijk dat er vrije reserves aanwezig zullen zijn. De enige manier namelijk waarop binnen het voorgestelde winstuitkeringsregime vrije reserves gevormd worden is wanneer de aandeelhouders gedurende een boekjaar afzien van het hun toekomende (beperkte) preferente dividend. Het valt niet te verwachten dat de aandeelhouders hiertoe zullen besluiten.

<sup>59</sup>Ondanks het verdwijnen van de zgn. balanstest ligt ook in het stelsel van het nieuwe BV-recht besloten dat gebonden vermogen niet mag worden uitgekeerd door middel van winstuitkeringen. Zie hiervoor MvT art. 2:216 lid 1 van het Wetsontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 69.

<sup>60</sup>W.C.L. van der Grinten 1992, nr. 390.

<sup>61</sup>Zie ook H.J.W.M. Bressers 1988, p. 125.

## 5.5 Evaluatie

Ik keer terug naar de aanvankelijke vraagstelling. De bedoeling was een zodanige winstuitkeringsregeling op te stellen die waarborgt dat winst slechts in beperkte mate wordt uitgekeerd en die ervoor zorgt dat geoormerkt zorgvermogen niet weglekt naar externe partijen. Mijns inziens wordt hier met de statutaire bepalingen in de voorgestelde modaliteitregeling in voorzien. Door middel van het maximeren van de winstgerechtigdheid van de aandelen (en daarmee van de aandeelhouders) worden er beperkingen gesteld aan de winstuitkeringen. De niet uitgekeerde winsten krijgen óf een bestemming buiten het vennootschapsvermogen, óf zij worden binnen het vennootschapsvermogen aangewend. In het laatste geval gaan zij als statutaire reserves onderdeel uitmaken van het eigen vermogen, hetgeen betekent dat zij gaan behoren tot het gebonden vermogen van de zorgonderneming. Dit vermogen kan op grond van art. 2:105 (2:216) lid 2 BW niet worden aangewend voor winstuitkeringen, en daarnaast mag het op grond van een voorgescreven statutaire voorziening niet worden aangetast door er verliezen mee te dragen. De enige wijze waarop de statutaire reserves kunnen worden uitgekeerd is door ze op grond van een statutenwijziging ‘vrij te maken’. Een dergelijke statutenwijziging is echter in strijd met de modaliteitregeling, aangezien de regeling nu juist verplicht tot het aanhouden van voornoemde statutaire reserves. Hierover meer in de volgende paragraaf.

## 5.6 Niet-naleving van de modaliteitregeling

In de voorgaande paragrafen is uiteengezet welke statutaire bepalingen de modaliteitregeling (in ieder geval) dient voor te schrijven om tot een geëigende vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregeling voor de zorgonderneming te komen. Hiermee is echter nog niet de vraag beantwoord hoe gewaarborgd kan worden dat beschermd zorgvermogen zijn bestemming behoudt indien de vennootschap de voorgescreven statutaire bepalingen niet langer naleeft. Twee gevallen kunnen worden onderscheiden. Ten eerste kan gedacht worden aan de situatie waarbij geoormerkt - en derhalve gebonden - vermogen in strijd met zijn statutaire bestemming onverhoopt wordt uitgekeerd of op andere wijze oneigenlijk wordt aangewend. Daarnaast is denkbaar dat de vennootschap als gevolg van een statutenwijziging niet langer de modaliteit zorgonderneming aanneemt,<sup>62</sup> waardoor het statutair geoormerkte vermogen zijn oorspronkelijke bestemming dreigt te verliezen. Behoudens de vaststelling dat in beide gevallen de algemene rechtspersoonrechtelijke ontbindingssanctie (art. 2:21 lid 3 BW respectievelijk art. 2:21 lid 1 onder b en onder c BW.) in beeld komt,<sup>63</sup> valt er nog iets meer over te zeggen. Wat betreft de eerste situatie beperk ik mij tot de constatering dat hetzelfde sanctie-instrumentarium beschikbaar is als het instrumentarium dat voor handen is wanneer de gewone vennootschap in strijd met de vermogensbeschermingsbepalingen gebonden vermogen uitkeert.<sup>64</sup> Wat betreft de tweede situatie het volgende.

Men bedenke dat ingevolge art. 2:121 (2:231) BW een statutenwijziging op zichzelf niet kan worden uitgesloten. Als gevolg van een statutenwijziging kan statutair geoormerkt zorgvermogen dus worden aangetast. De vennootschap kan weliswaar - indien zij niet langer de modaliteit zorgonderneming aanneemt - geconfronteerd worden met een op grond van (bestuursrechtelijke) sectorwetgeving opgelegde sanctie inhoudende dat zij niet langer kwalificeert als ‘toegelaten instelling’, dit op zichzelf beschermt het zorgvermogen niet. Het ligt derhalve voor de hand om in de modaliteitregeling expliciet, evenals in de Belgische VSO-regeling, een zgn. ‘vermogensklem’ op te nemen. Deze vermogensklem komt hierop neer dat zodra de vennootschap niet langer de modaliteit zorgonderneming aanneemt, de (vóór de statutenwijziging) opgebouwde statutaire reserves niet mogen worden uitgekeerd en onverwijld het oormerk<sup>65</sup> ‘zorgvermogen’ dienen te krijgen.<sup>66</sup> Wat deze laatste waarborg betreft kan

---

<sup>62</sup>De vennootschap verliest zijn bijzondere hoedanigheid en is dus weer een gewone vennootschap geworden. De vennootschap is als het ware ‘van kleur verschoten’.

<sup>63</sup>Benadrukt zij dat de sanctie van ontbinding slechts in geval van ernstige overtredingen zal worden toegepast.

<sup>64</sup>Te denken valt aan (onder meer) (ver)nietig(baar)heid op grond van art. 2:7 BW, art. 2:130 (2:240) lid 3 BW en art. 3:40 lid 2 BW. Over bestuurdersaansprakelijkheid kom ik nog te spreken.

<sup>65</sup>Men lette op de terminologie. De zorgonderneming heeft een ‘oogmerk’, het zorgvermogen heeft een ‘oormerk’.

<sup>66</sup>Benadrukt zij dat indien de geoormerkte statutaire reserves als gevolg van de statutenwijziging hun oorspronkelijke bestemming niet hebben verloren, hun oormerk ook niet hoeft te worden aangepast. Desalniettemin acht ik het dan

gedacht worden aan een met art. 2:18 lid 6 BW vergelijkbare bepaling, welke ziet op de bescherming van statutaire vermogen van de vennootschap die voorheen stichting was. Een en ander betekent dat de modaliteitregeling naast de voorgestelde vermogensklem nog een bepaling dient te bevatten welke voorschrijft dat uit de statuten van de vennootschap moet blijken dat de (vóór de statutenwijziging) opgebouwde statutaire reserves (en de vruchten daarvan) slechts met toestemming van de rechter een andere bestemming mogen krijgen.<sup>67</sup> Wordt in strijd met voornoemde vermogensklem onverhoopt toch geoormerkt vermogen uitgekeerd (of op andere wijze oneigenlijk aangewend), dan kan voor wat betreft de civielrechtelijke consequenties worden aangesloten bij de sancties die van toepassing zijn in geval van overtreding van art. 2:18 lid 6 BW.<sup>68</sup>

## 5.7 Aansprakelijkheid bestuurders

Tot besluit wil ik kort ingaan op de verantwoordelijkheid - en de eventueel daaruit voortspruitende aansprakelijkheid - van het bestuur voor instandhouding van het beschermde vermogen. Eerder zagen we dat de Belgische wetgever ervoor gekozen heeft om in het VSO-statuut een aparte aansprakelijkheidssanctie op te nemen die intreedt als in strijd met de vermogensbeschermingsbepalingen van het statuut onverhoopt toch uitkeringen plaatsvinden. Dit doet de vraag rijzen of de voorgestelde modaliteitregeling - in het kader van de vermogensbescherming - eveneens noopt tot een aparte regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid (naast de gewone vennootschapsrechtelijke regels voor bestuurdersaansprakelijkheid). Voor de beantwoording van deze vraag onderscheid ik wederom een tweetal gevallen.

In de eerste plaats kan gedacht worden aan de situatie waarbij het bestuur de aangelegde statutaire reserves op oneigenlijke wijze aanwendt. Mijns inziens is de interne aansprakelijkheid van de bestuurders (art. 2:9 BW) dan in beginsel gevestigd. De Hoge Raad heeft immers bepaald dat handelen in strijd met een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen een zwaarwegende omstandigheid vormt die in beginsel aansprakelijkheid vestigt.<sup>69</sup> De krachtens de modaliteitregeling aan te leggen statutaire reserves beogen het zorgvermogen te beschermen, en in zoverre beogen zij mijns inziens de vennootschap met modaliteit zorgonderneming te beschermen.<sup>70</sup> Een afzonderlijke aansprakelijkheidssanctie voor de bestuurders teneinde bij hen de verantwoordelijkheid in te scherpen dat statutaire reserves niet oneigenlijk besteed worden, lijkt dus overbodig.

In de tweede plaats sta ik stil bij de positie van het bestuur wanneer in strijd met de modaliteitregeling beklemd vermogen van de zorgonderneming wordt uitgekeerd aan aandeelhouders.<sup>71</sup> Ervan uitgaande dat de aandeelhouders tot de uitkering besluiten, is het niet zonder meer redelijk de bestuurders voor de verboden uitkering aansprakelijk te houden. Het is immers maar de vraag of de bestuurders terzake een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hebben de bestuurders hun actieve medewerking aan de (uitvoering van de) uitkering verleend, dan kan onder omstandigheden voornoemde vraag bevestigend worden beantwoord. Niet uitgesloten is echter dat het bestuur door de aandeelhouders onder druk is gezet. Om deze reden acht ik het voor de zorgonderneming aangewe-

---

aangewezen dat in de statuten tot uitdrukking komt dat voornoemde reserves onder het regime van de voormalige modaliteit zijn opgebouwd.

<sup>67</sup>Opgemerkt zij dat dit geoormerkte vermogen naar verwachting slechts tijdelijk tot het vennootschapsvermogen zal behoren. Dit stukje vermogen heeft immers een specifiek oormerk en kan door de vennootschap niet langer worden aangewend voor interne investeringen. Eventueel zou (bestuursrechtelijke) sectorwetgeving kunnen voorschrijven dat dit vermogen binnen een bepaalde termijn een concrete bestemming dient te krijgen en daarmee het vermogen van de vennootschap zal verlaten. Op dat moment verliest de vermogensklem haar kracht.

<sup>68</sup>Zie hiervoor C.W. de Monchy, '1. Algemene bepalingen', in: A.F.M. Dorresteyn e.a. (red.), *Rechtspersonen* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 18 aant. 6 en Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 154 en nr. 473.

<sup>69</sup>HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (concl. A-G Spier; Schwandt/BPN).

<sup>70</sup>De vaststelling dat bestuurders jegens de vennootschap aansprakelijk zijn wanneer zij statutaire reserves op oneigenlijke wijze besteden kan naar mijn oordeel ook worden bereikt door te kijken naar art. 2:18 lid 6 BW. Zoals gezegd ziet dit artikel op de bescherming van statutaire vermogen van de vennootschap die voorheen stichting was. Volgens De Monchy levert overtreding van het statutaire verbod als bedoeld in voornoemd artikel onbehoorlijk bestuur op, zie De Monchy (losbl.), art. 18 aant. 6.

<sup>71</sup>Opgemerkt zij dat de aansprakelijkheidsvraag van de bestuurders natuurlijk ook speelt wanneer de reguliere vennootschap in strijd met de vermogensbeschermingsbepalingen gebonden vermogen uitkeert.

zen om het bestuur op grond van de modaliteitregeling een instrument in handen te geven waarmee zij weerwoord kunnen bieden aan een dergelijke uitkeringsdrang van aandeelhouders. Ik wijs in dit verband op de uitkeringsregels van ons nieuwe BV-recht.<sup>72</sup> Gedacht zou kunnen worden aan een wettelijk instemmingsrecht van het bestuur, inhoudende dat een besluit dat strekt tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen instemming heeft verleend. Beschikt het bestuur over een dergelijk instemmingsrecht, dan is het ook redelijk in de modaliteitregeling een bepaling op te nemen die bestuurders aansprakelijk houdt voor uitkeringen uit het statutair gebonden vermogen.<sup>73</sup> Daarnaast kan overwogen worden om de aandeelhouder die met betrekking tot de gewraakte uitkering niet te goeder trouw is, een terugbetalingsplicht op te leggen.

## 6 Slot

Ik kom tot een afronding. De Minister van Justitie heeft een voorstel gelanceerd voor de introductie van een nieuwe rechtsvorm ‘maatschappelijke onderneming’ in Boek 2 BW. Deze nieuwe rechtsvorm komt neer op een ‘aangeklede stichting’<sup>74</sup> en laat zich onder meer kenmerken door een op het maatschappelijke belang gerichte doelstelling en door een verbod om eventueel behaalde winsten uit te keren. Naast de Minister van Justitie heeft ook de Minister van VWS plannen voor een nieuwe rechtsvorm. Laatstgenoemde minister is voornemens om vóór 1 januari 2010 een nieuwe rechtsvorm voor ziekenhuizen het licht te laten zien. Deze rechtsvorm moet ‘zorgondernemingen’ in staat stellen om extern kapitaal aan te trekken en om winst (beperkt) uit te keren aan kapitaalverschaffers. De plannen van de Minister van Justitie en de Minister van VWS voor een nieuwe rechtsvorm lijken vooralsnog niet met elkaar te rijmen, in het bijzonder niet op het punt van winstuitkeringen. Verdere voorstellen worden afgewacht.

De minister van VWS wil zich bij de juridische vormgeving van de zorgonderneming laten inspireren door de Belgische vennootschapsmodaliteit Vennootschap met Sociaal Oogmerk (VSO). In de onderhavige bijdrage is onderzocht hoe een op de Belgische VSO geïnspireerde vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregeling van de zorgonderneming kan worden vormgegeven. Naar analogie met de Belgische VSO kan een dergelijke regeling worden neergelegd in een zgn. modaliteitregeling. Dit betekent dat de vennootschap die aan wettelijk(e) (voorgeschreven statutaire) vereisten voldoet, welke zijn opgenomen in de modaliteitregeling, de modaliteit ‘zorgonderneming’ mag aannemen. Bovendien de vereisten van de modaliteitregeling wordt de zorgonderneming voor het overige beheerst door de algemene regeling voor de vennootschap van Titel 4 en Titel 5 van Boek 2 BW (Naamloze respectievelijk Besloten vennootschap).

Conform de wensen van de Minister van VWS, zal voornoemde vermogens(beschermings)- en winstuitkeringsregeling moeten waarborgen dat in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen niet weglekt naar derden en daarmee voor de zorg bestemd blijft. Hiertoe heb ik voorstellen gedaan voor (verplicht op te nemen) statutaire bepalingen met betrekking tot (onder meer) de doelstelling, het aandelenkapitaal, de winstbestemming en de rangorde van de (eigen) vermogensaanspraken bij vereffening. Verder heb ik gewezen op het belang van in de modaliteitregeling op te nemen sancties voor het geval de modaliteitregeling niet langer wordt nageleefd.

De voorgestelde modaliteitregeling betreft louter een eerste aanzet. Het wachten is nu op de minister van VWS!

---

<sup>72</sup> *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 1-5.

<sup>73</sup> Benadrukt zij dat op grond van de uitkeringsregels van het nieuwe BV-recht bestuurders slechts aansprakelijk zijn voor die uitkeringen, waar zij op grond van de liquiditeitstest hun instemming aan hadden moeten onthouden (art. 2:216 lid 2 jo. lid 3 eerste volzin (nieuw) BW).

<sup>74</sup> Zoals gezegd kan de rechtsvorm volgens de minister ‘materieel inhoudelijk’ worden opgevat als een modaliteit van de stichting.